

# Cultura giuridica e diritto vivente

Rivista on line del Dipartimento di Giurisprudenza  
Università di Urbino Carlo Bo

## Materiali

---



### GLI ACQUISTI *A NON DOMINO*. ANTICHE MATRICI E PROSPETTIVE ATTUALI

Marina Frunzio

#### Abstract

[Purchases *a non domino*. Ancient roots and current perspectives]. Many years after the studies of Luigi Mengoni it seems timely to interrogate oneself once again about the ancient issues and the new perspectives concerning the purchases *a non domino*. The author hopes to establish a lively dialogue between law historians and jurists.

#### Key words:

Purchases *a non domino*, circulation of goods, *bona fides*, stolen things

Vol. 7 (2020)





# Gli acquisti *a non domino*. Antiche matrici e prospettive attuali

Marina Frunzio\*

## Premessa

La scelta di organizzare un convegno oggi sugli acquisti *a non domino* tra antico e presente, si fonda sulla necessità di tornare su un tema per così dire ‘classico’, a distanza di decenni dai corposi studi di Luigi Mengoni per un verso<sup>1</sup>, e, ancor di più, dalle grandi monografie dei maestri giusromanisti dell’ 800 e della prima metà del ‘900 dall’altro<sup>2</sup>, quando ormai la dottrina, sia civilista che romanista, sembra viaggiare, con le recenti ricerche, verso nuovi e inesplorati orizzonti, come il processo telematico o la responsabilità connessa all’intelligenza artificiale. Indagini queste che continuano a fornire un senso pieno alla ricerca storica, coadiuvando il giurista positivo nell’individuazione delle radici giuridiche dei fenomeni moderni e contemporanei e riportando, al contempo, l’accento sulla storia del diritto romano innanzitutto come storia giuridica occidentale, anche in assenza di un impianto metodologicamente comparatista.

Eppure e forse proprio per questo, non è vano, a mio giudizio, tentare di raccogliere gli esiti di questi anni di importanti scempi che hanno toccato e spesso coinvolto, peraltro, a loro volta, istituti fondamentali, a partire dalla proprietà, dal possesso, dagli illeciti, dalla circolazione dei beni nel loro insieme, mobili e immobili, con un occhio alla disciplina dei beni culturali e alla loro complessa regolamentazione, sia in ambito nazionale che internazionale.

---

\* Marina Frunzio è Professoressa associata di Diritto romano e diritti dell’antichità presso il Dipartimento di Giurisprudenza di Urbino.

Indirizzo mail: [marina.frunzio@uniurb.it](mailto:marina.frunzio@uniurb.it)

<sup>1</sup> L. Mengoni, *Gli acquisti a non domino*, Milano 1948, sul significato della cui opera si vedano i contributi raccolti in L. Nogler (a cura di), *Valori e metodo giuridico nel pensiero di Luigi Mengoni*, Padova 2007, tra i quali segnalo, in particolare, A. Nicolussi, *Luigi Mengoni e il diritto privato*, 37 ss.

<sup>2</sup> Per una accurata disamina, P. Grossi, *Scienza giuridica italiana: un profilo storico 1860-1950*, Milano 2000. Senza tuttavia trascurare i poderosi influssi a livello europeo determinati dalla Scuola pandettistica tedesca, con *Das Recht des Besitzes* e soprattutto col *System des heutigen römischen Recht*, in 8 volumi, di Savigny e poi con *Lehrbuch des Pandektenrecht* di Windscheid, su cui, ancora, P. Grossi, *L’Europa del diritto*, Roma-Bari 2007.

1. Lo storico del diritto nell'accostarsi al problema o, meglio, ai problemi nascenti dagli acquisti *a non domino* sa bene, e più di altri, che gli toccherà confrontarsi con un segmento tra i più ampi ed ardui dei diritti dell'antichità, dovendosi muovere su una linea di sviluppo assai incerta e a tratti appena illuminata da scarse e confuse fonti, spesso confinate nei meandri di un tempo troppo lontano da essere colto con sufficiente chiarezza.

Nondimeno si tratta di un impegno affascinante e forse non rinunciabile, ove solo si tenga presente che proprio dal diritto di Roma si è ricavata l'espressione 'acquisti *a non domino*', con la quale ci si riferisce ad un'ampia gamma di situazioni in cui l'acquisto si è determinato da colui che non era titolare del bene.

Le fonti ancorano il tema specificamente all'*emere*, dunque con un inequivocabile riferimento alla posizione dell'acquirente /possessore all'interno del contratto di *emptio venditio*, il quale certo, per sua stessa natura, presentava tutte le caratteristiche per favorire scambi di beni informali, rapidi, e per giunta fondato sul semplice *consensus* delle parti<sup>3</sup>. Mi sembra infatti difficilmente concepibile ipotizzare un *emere a non domino* in connessione con la *mancipatio* che, come notissimo, richiedeva l'osservanza di un rituale complesso<sup>4</sup>.

La trama degli acquisti da parte del non proprietario, d'altronde, pare poggiarsi proprio sulla rapidità e l'informalità degli scambi commerciali, per realizzare i quali l'*emptio venditio* doveva senz'altro apparire come il contratto d'elezione. Se ciò è vero, la prassi degli acquisti *a non domino* dovette diventare cosa frequente a partire da una certa epoca, che non abbiamo fatica a collocare all'incirca tra il III ed il II secolo a. C. e, in ogni caso, dopo l'avvenuto riconoscimento della nuova compravendita consensuale nel diritto di Roma<sup>5</sup>.

Allo stesso momento storico e questo è, a mio avviso, un dato di sicuro rilievo, appartiene la *lex Atinia de rebus subreptis*<sup>6</sup>, con la quale si ribadì il divieto assoluto di usucapione dei beni furtivi e si introdusse la regola della *cd. reversio* in potestà, in base alla quale la *res furtiva* sarebbe stata purgata dal *vitium furti* in seguito al suo rientro nella *potestas eius cui subrepta est*, espressione intesa dalla giurisprudenza come recupero, anche non fisicamente inteso, del bene da parte del *dominus*.

I risultati che mi sono parsi più interessanti da ricavare dallo studio di questa disciplina<sup>7</sup> ruotano essenzialmente intorno a ciò: la legge Atinia ribadiva un antico divieto in un momento in cui porre un argine alla circolazione dei beni sottratti doveva avere un

---

<sup>3</sup> Sul contratto rinvio a S.A. Cristaldi, *Il contenuto dell'obbligazione del venditore nel pensiero dei giuristi dell'età imperiale*, Milano 2007, *passim*, con bibliografia anche meno recente.

<sup>4</sup> Al riguardo, si leggano le osservazioni di F. Gallo, *Studi sul trasferimento della proprietà in diritto romano*, Torino 1955, 142 ss. e L. Vacca, s.v. *Usucapione* (dir. rom.), in ED 45 (= *Appartenenza e circolazione dei beni. Modelli classici e giustiniane*, Padova 2006), 193 e nt.16, la quale afferma, a proposito della *mancipatio* di cose altrui: "considerata la solennità e la pubblicità del rito...chi non era proprietario difficilmente avrebbe potuto compiere la *mancipatio*".

<sup>5</sup> L'utilizzazione della *traditio* in luogo della *mancipatio* potrebbe aver costituito un logico precedente storico dell'*emptio venditio*: rinvio a quanto ho osservato in *Res furtivae* cit., soprattutto 27 ss., con riferimenti bibliografici.

<sup>6</sup> Sulla datazione della legge, da ultima, M. Frunzio, *La "lex Atinia de rebus subreptis": un'ipotesi sulla datazione*, in *Labeo* 43, 1997, in cui propongo il 149 a.C. come anno di emanazione della legge, ma che essa abbia visto la luce nel II secolo a.C. è uno dei dati più sicuri in dottrina.

<sup>7</sup> Risultati apparsi recentemente in M. Frunzio, *Res furtivae. Contributo allo studio della circolazione degli oggetti furtivi in diritto romano*, Torino 2017, *passim*.

significato tutt'altro che ozioso<sup>8</sup>. Dato provato dalla famosa disputa sulla retroattività di cui essa fu oggetto da parte dei tre grandi giuristi dell'epoca repubblicana, Bruto, Manilio e Publio Mucio Scevola, disputa, apparentemente grammaticale, che tuttavia non avrebbe senso pensare che abbia impegnato tali personalità di giuristi se al suo fondo non vi fosse stato un problema tutt'altro che teorico<sup>9</sup>. *Quid iuris*, infatti, ci si potrebbe chiedere, se il nuovo regime avesse dovuto trovare applicazione nei confronti di possessori in corso di usucapione di beni furtivi, quando ormai l'antico divieto, verisimilmente introdotto dalle XII Tavole, era ormai considerato desueto? Ragionando in questo ordine di idee, non è difficile neppure porre un ulteriore e decisivo tassello, soprattutto rispetto al tema che vogliamo indagare, gli acquisti *a non domino*. Infatti, la *ratio* della legge, a parte l'introduzione della *reversio*, su cui a breve ritorneremo, si coglie appieno solo ammettendo che l'eventuale possessore *ad usucapionem* della *res furtiva* ne ignorasse l'illecita provenienza. Se diversamente si ammette che egli ne avesse contezza, bisogna riconoscere che la sua posizione sarebbe stata assimilata a quella del ladro e giammai si sarebbe pertanto posta per lui una questione di titolarità dell'oggetto<sup>10</sup>. Dunque, il divieto di usucapione introdotto dalla legge repubblicana è innanzitutto rivolto al possessore di buona fede che ha acquistato la cosa ignorando che la stessa era di origine furtiva. Le fonti al riguardo non lasciano adito a dubbi<sup>11</sup>, parlando del divieto *ex lege Atinia* in termini di proibizione assoluta, valevole per *tutti*, anche per l'acquirente in buona fede.

È un fatto poi sul quale la dottrina si trova in totale accordo quello per cui, in seguito alle guerre puniche, si aprì per Roma una fase di grande espansione commerciale, all'interno della quale non è difficile disegnare un nuovo orizzonte di traffici intensi e di scambi di *res* realizzati con sempre maggiore disinvoltura, grazie appunto al nuovo strumento della compravendita libera da forme<sup>12</sup>. Ed è dunque proprio in questa cornice che si dovettero cominciare a porre problemi inerenti ad una rapida ed incontrollata circolazione dei beni.

L'inefficacia della *bona fides* a giustificare il prodursi dello *ius usucapionis* in capo al possessore della *res furtiva* spiega, come in un gioco di contrasti, l'opposta valenza della stessa *bona fides* a giustificare la legittimità degli acquisti effettuati dal non proprietario

---

<sup>8</sup> Le fonti pongono il problema di un precedente divieto risalente alla legislazione decemvirale, non senza tuttavia, numerose lacune e contraddizioni: sul rapporto tra XII Tavole e *lex Atinia*, Frunzio, *Res furtivae* cit., 15 ss.

<sup>9</sup> Della disputa, a quanto riferisce Gell., *N.A.* 17.7, furono interpreti i tre *fundatores* a proposito dell'espressione *subruptum erit* contenuta nella legge, se dovesse intendersi riferita al passato, in virtù del participio *subruptum*, o al futuro, per l'eventuale dominanza della forma *erit*. Gellio non ci dice nulla in merito all'esito della discussione, incentrando il suo discorso solo sulla problematica grammaticale che aveva peraltro suscitato l'interesse di Nigidio Figulo. A mio modo di vedere, l'ambiguità formale della disposizione dovette rappresentare solo lo specchio di un problema sostanziale e cioè se la legge avesse o meno efficacia retroattiva. Ciò va messo anche in relazione con la notizia riferitaci da Cic. *Verr.* 2.42.109 -da leggere insieme a Cic. *Phil.* 3.6.15-17- secondo la quale la *lex Atinia* aveva introdotto un *quid novi* nel *ius civile*. Sotto altro profilo, la testimonianza di Gellio ci attesta delle parole contenute nella legge, *subruptum erit*, lasciandoci intendere che il divieto in essa contenuto colpisse le sole *res subreptae*, cioè quelle cose sottratte clandestinamente, pertanto, mobili. Tale modalità di furto ne avrebbe certo reso il recupero più difficoltoso e, al contrario, più facile la perdita definitiva: mi permetto ancora di rinviare a Frunzio, *Res furtivae* cit., 81 ss.

<sup>10</sup> Sul punto, con la consueta competenza d'indagine, B. Albanese, *Usus auctoritas fundi in XII tab. 6.3 secondo le testimonianze di Cicerone*, in *AUPA* 45.1, 1998, 27.

<sup>11</sup> Si leggano, a titolo di esempio, D.41.3.49, Lab.5 a *Paul. epit.* e D. 41.3.24, Pomp. 24 ad *Quint. Muc.*

<sup>12</sup> Per una visione d'insieme, A.J. Toynbee, *L'eredità di Annibale II. Roma e il Mediterraneo dopo Annibale*, Torino 1983, *passim*.

quando oggetto della transazione sia invece una cosa non furtiva. La disciplina che ne deriva sembra proprio delinearci su un doppio binario, una circolazione di beni *invito domino* in cui l'usucapione è impedita per chiunque anche se in buona fede e una circolazione *a non domino* in cui, al contrario, la buona fede, al momento dell'acquisto del possesso, vale a sanare il difetto di titolarità nell'alienante. È quanto si ricava da Giuliano, attraverso Ulpiano, D. 6.2.11.4, Ulp. 6 *ad ed.*:

*Idem Iulianus generaliter dicit, ex qua causa matrem usucapere possem, si furtiva non esset, ex ea causa partum me usucapere, si furtivam esse matrem ignorabam: ex omnibus igitur causis Publicianam habebō*<sup>13</sup>.

A mitigare la rigidità del divieto, prevedendo un sistema col quale tenere in debita considerazione le esigenze legate alla circolazione dei beni, provvide la regola sulla *reversio* in potestà che introdusse, nella stentorea normativa derivante dal disposto della legge Atinia, un'efficace scappatoia il cui profilo venne disegnato e via via ridefinito da un incessante lavoro della giurisprudenza. Anche dunque la *reversio* nel suo declinarsi in continue ipotesi assimilabili, seppur non coincidenti, col rientro fisico della *res* nella disponibilità del proprietario, suggerisce l'idea di uno sfondo storico-giuridico entro il quale la nostra legge insiste chiaramente, caratterizzato da una intensa rete di traffici commerciali, omettendo il quale la stessa *reversio* non avrebbe alcuna ragione giustificatrice. È nostra opinione, in sintesi, che la *lex Atinia*, con il dispositivo sul divieto assoluto e il relativo correttivo della *reversio*, si spieghi solo ammettendo l'affermarsi, in pieno II secolo a.C., di un emergente panorama convulso e massiccio di scambi economici, quando sempre più diffusa dovette essere, in riferimento alla merce sottratta, la posizione di colui il quale avesse acquistato in buona fede, ponendosi pertanto con urgenza la necessità di tutelare i proprietari dal rischio di perdere definitivamente la titolarità sui propri beni e salvaguardando, al tempo, le esigenze di una circolazione dei beni sicura e controllata.

Prova di tale orizzonte ci deriva, oltretutto, dall'emanazione dell'editto Publiciano, avvenuta, grosso modo, sullo scorcio del I sec. a.C.<sup>14</sup> Le fonti al riguardo collegano l'esercizio dell'*actio Publiciana* proprio all'*emere a non domino*, dimostrandosi con ciò non tanto che l'ipotesi primaria di contenuto dell'editto riguardasse gli acquisti *a non domino*, ma piuttosto, a mio giudizio, che in riferimento a quell'ipotesi si dovevano porre maggiori problemi, soprattutto rispetto allo scontro inevitabile tra proprietario civilistico e proprietario bonitario. Mi pare che in questa luce vada letto il notissimo D. 6.2.17, Ner. 3

---

<sup>13</sup> Cfr. G. Thür, *Justinians Publiciana und directa "in rem"*, in *ZSS* 89, 1972, 374 e T. Giaro, *Über methodologische Werkmittel der Romanistik*, in *ZSS* 118, 1988, 230. Da ultima M. Frunzio, *Res furtivae* cit., 170.

<sup>14</sup> In verità la dottrina ha oscillato, nel proporre datazioni, tra la fine del II secolo a.C. e la metà del I secolo a.C. In genere, come noto, se ne assegna la paternità, sulla base di Cic. *Pro Cluent.* 45.126, al pretore Publicio, attivo nel 67 a.C.: cfr., tra gli altri, C.L. Appleton, *Histoire de la propriété prétorienne* I, Paris rist. 1889, 31 ss.; E. Carusi, *L'azione Publiciana in diritto romano*, rist. anast. Roma 1889, 80 ss.; M. Kaser, *Eigentum und Besitz im älteren römischen Recht*, Böhlau 1956, 299; L. Lombardi, *Dalla "fides" alla "bona fides"*, Milano 1961, 242 ss.; U. von Lübtow, *Die Aufgaben des römischen Prätors auf dem Gebiet der Zivilrechtspflege*, in *Studi Biscardi* IV, Milano 1983, 381; L. Vacca, *Il c.d. duplex dominium e l'actio Publiciana*, in *Vendita e trasferimento della proprietà nella prospettiva storico-comparatistica*, in *Materiali per un corso di diritto romano*, Torino 1997, 107 ss.; C.A. Cannata, *Tracce dell'actio Publiciana nei diritti attuali e il principio "possesso vale titolo"*, in *Materiali per un corso di Fondamenti del diritto europeo* I, Torino 2005, 131 ss.; L. Vacca, *La doppia vendita e la rilevanza dell'affidamento nella casistica della giurisprudenza romana*, in *Le situazioni affidanti* (a cura di M. Lupoi), Torino 2016 (= *Appartenenza e circolazione dei beni. Modelli classici e giustiniane* cit., 609 ss.); Ead., *Osservazioni in tema di actio Publiciana e acquisto a non domino*, in *Scritti per A. Corbino*, Lecce 2016, 331 e ss.

*membr.:*

*Publiciana actio non ideo comparata est, ut res domino auferatur: eiusque rei argumentum est primo aequitas, deinde exceptio “si ea res possessoris non sit”: sed ut is, qui bona fide emit possessionemque eius ex ea causa nactus est, potius rem habeat.*

È un testo che ha suscitato innumerevoli dibattiti dottrinari ed, in ogni caso, contiene la prima menzione della Publiciana a noi pervenuta. Ciò che interessa rilevare qui è che Nerazio, precisando che l'azione è concessa a colui che ha acquistato in buona fede e sulla base dello stesso titolo ne ha acquisito il possesso, specifica che il *dominus* è tutelato dall'essere spogliato del bene attraverso la Publiciana, in primo luogo dall'*aequitas* e dunque dalla possibilità di opporre l'*exceptio* ‘*si ea res possessoris non sit*’<sup>15</sup>. Credo che la preoccupazione del giurista non fosse tanto quella di prevedere un insieme di mezzi giurisdizionali a tutela del proprietario civilistico -basterebbe pensare alla mancanza dell'*exceptio iusti domini*, di cui non v'è traccia nelle parole di Nerazio- ma di organizzare un mondo di valori passati e presenti entro i quali la giurisprudenza avrebbe potuto muoversi e reperire i criteri interpretativi fondanti per la risoluzione delle fattispecie: in questo senso anche l'*aequitas* poteva rappresentare un canone non estraneo all'universo finito del diritto ed assurgere esso stesso ad uno dei fondamenti di quell'universo<sup>16</sup>.

---

<sup>15</sup> Singolare l'approccio del giurista al problema della tutela del proprietario civilistico, la quale si fonderebbe, a suo dire, innanzitutto sull'*aequitas*, considerato che il fronte opposto è rappresentato da un possessore di buona fede. Come se l'equità in Nerazio fosse un valore ben più alto di fronte al quale anche la buona fede soggettiva può soccombere. Il possessore poi vedrebbe tutelata la propria situazione *potius* rispetto ad un terzo che non verso il proprietario. Sul passo, da ultimo, S.A. Cristaldi, *In tema di doppia vendita a non domino: alcune considerazioni su D. 19.1.31.2 e D. 6.2.9.4*, in questo fascicolo, con bibliografia.

<sup>16</sup> Sulla concezione neraziana dell' 'ordine giuridico', con precipuo riguardo al testo in esame, V. Scarano Ussani, *Valori e storia nella cultura giuridica fra Nerva e Adriano. Studi su Nerazio e Celso*, Napoli 1979, 51 s. Il giurista è infatti ricordato per un famoso testo in cui introduce la sua celeberrima 'visione' dello *ius finitum*: D.22.6.2 (5 *Membr.*): *In omni parte error in iure non eodem loco quo facti ignorantia haberi debet, cum ius finitum et possit esse et debeat, facti interpretatio plerumque etiam prudentissimos fallat*. Nel tentativo di distinguere l'*error iuris* dall'*error facti*, Nerazio afferma che il *ius* non solo può, ma deve essere *finitum*. Sul passo si è depositata una immensa letteratura, sin da epoca meno recente, determinata non solo dalla necessità di intendere nella sua esatta portata l'espressione '*ius finitum*', ma anche in considerazione del fatto che si tratta "della più antica enunciazione della totale inescusabilità dell'errore di diritto nella giurisprudenza romana" (V. Scarano Ussani, *Empiria e dogmi. La scuola proculiana fra Nerva e Adriano*, Torino<sup>2</sup> 1989, 43; cfr., inoltre, S. Nappi, *Ius finitum*, Bari 2005, spec. 55 ss. con bibliografia). Il passo tradizionalmente è posto in relazione con un'altra testimonianza del giurista, D. D.1.3.21, 6 *Membr.*: *et ideo rationes eorum quae constituuntur inquiri non oportet: alioquin multa ex his quae certa sunt subvertuntur*, per cui il patrimonio di certezze acquisite andrebbe tutelato evitando, nel tentativo di indagare le *rationes* dell'ordinamento, di sovvertire quel medesimo patrimonio. La spiegazione sarebbe tutta da riportare alla necessità di definire i confini di un universo giuridico (*ius finitum*), sottratto alle continue incertezze delle incessanti interpretazioni dei *prudentes*. Tradizionalmente si ritiene questo atteggiamento frutto di un'ideologia di tipo 'conservatrice' tipica del giurista, esponente dell'aristocrazia italica e fortemente partecipe della svolta traianea di percepire il mondo come un organismo ormai compiuto e difficilmente superabile in perfezione. Si tratta tuttavia di una precisa scelta dogmatico-razionale, non accolta da tutti i giuristi dell'epoca. Eloquentemente in questo senso il modo di accogliere il metodo definitorio da parte di Giavoleno (D.50.17.202, Iav. 11 *epist.*), che lungi dal voler ricorrere ad un sistema di *regulae*, confine e ordine del diritto, si scagliava contro ogni *definitio* che nel *ius civile* sarebbe stata *periculosa*: A. Carcaterra, *Facti interpretatio nella epistemologia di Nerazio* (D. 22.6.2), in *BIDR* 84, 1981, 35 ss.; M. Bretone, *Tecniche e ideologie dei giuristi romani*<sup>2</sup>, Napoli 1982, 120 s. A. Carcaterra, "Ius finitum" e "facti interpretatio" nella epistemologia di Nerazio Prisco (D. 22.6.2), in *Studi Biscardi* 5, Milano 1984, 429 ss.; L. Winkel, *Error iuris nocet*:

Al di là di tali considerazioni, è un dato sicuro che la cospicua messe di fonti relativamente alla *Publiciana*, si ponga in diretta connessione all'*emere a non domino*, circostanza che ha indotto larga parte della dottrina romanistica, soprattutto meno recente, addirittura a supporre che il relativo editto fosse incentrato solo sull'ipotesi dell'*emptio bonae fidei*, il cui contenuto sarebbe stato poi esteso, grazie ad un'operazione interpretativa della giurisprudenza, ad ogni altro caso di *traditio ex iusta causa*<sup>17</sup>. Le fonti forniscono un quadro non troppo omogeneo, D. 6.2.1pr., Ulp. 16 *ad ed.*, parla di acquisto *ex iusta causa non a domino*, ma Gaio, 4.36, non contiene l'espressione *non a domino*, pur riferendosi al caso di *traditio ex iusta causa*. Di poi ancora Ulpiano, D. 6.2.7.11, 16 *ad ed.*, riporta all'editto i termini "*qui bona fide emit*" e Nerazio in D. 6.2.9.3, Ulp. 16 *ad ed.*, sembrerebbe dare prova di "conoscere la *emptio-venditio* come unico campo di applicazione della *Publiciana*"<sup>18</sup>:

*Item si hereditatem emero et traditam mihi rem hereditariam petere velim, Neratius scribit esse Publicianam,*

che Lenel<sup>19</sup> pone in collegamento con D. 6.2.17, più sopra riportato e con D. 19.1.31.2, anche esso, come il primo, contenuto nel libro 3 delle *Membranae* di Nerazio:

*Uterque nostrum eandem rem emit a non domino, cum emptio venditioque sine dolo malo fieret, traditaque est...*

La mia opinione è intanto che nulla di certo possa essere ricavato circa l'origine dell'editto Publiciano dalle testimonianze neraziane, le quali mi sembra invece tradiscano un'attenzione precipua del giurista ai problemi nascenti dagli acquisti *a non domino*, soprattutto perché coinvolgenti, come si diceva, interessi contrapposti e spesso tutti meritevoli di tutela e da riportarsi ad un contesto generale di lealtà nei rapporti commerciali, per cui le soluzioni giurisprudenziali, verrebbe da dire, non possono che ispirarsi all'equità, e ad uno sguardo concreto sulla *bona fides* e dunque sull'assenza di *dolus malus* in capo alle parti<sup>20</sup>. Conclusione questa che mi pare trovi conferma in altre

---

*Rechtsirrtum als Problem der Rechtsordnung* 1, Zutphen 1985, 43 ss. Diversamente, S. Nappi, *Ius finitum* cit., 76, ritiene che il verbo *constituere* in D. 1.3.21 andrebbe meglio inteso in una accezione di "recupero "storico"", di scelte determinate dai *prudentes*, "con il loro paziente e sottile lavoro di interpretazione".

<sup>17</sup> Si legga quanto osserva L. Lombardi, *Dalla "fides"* cit., 241.

<sup>18</sup> Così, L. Di Lella, *Formulae ficticiae. Contributo allo studio della riforma giudiziaria di Augusto*, Napoli 1984, 77.

<sup>19</sup> *Pal.* 1. 768 nt.3.

<sup>20</sup> Per tali motivazioni non riteniamo di dover accogliere l'opinione di Di Lella, *Formulae* cit., spec. 73 e s., per il quale, quanto Nerazio riferisce, non sarebbe in relazione col tenore dell'editto Publiciano, ormai risalente rispetto ai suoi tempi, ma al contenuto di un editto attuale: "sarebbe invero difficile spiegare come mai in una raccolta di *quaestiones* e *responsa* -forse neppure destinata alla pubblicazione- un giurista della statura e dell'esperienza di Nerazio abbia potuto abbandonarsi a considerazioni di carattere sistematico non più attuali all'epoca in cui venivano espresse". A parte il frettoloso giudizio sulle *Membranae* delle quali a tutt'oggi sappiamo troppo poco per formulare valutazioni tanto stringenti (cfr., al riguardo, R. Greiner, *Opera Neratii. Drei Textgeschichten*, Karlsruhe 1973, spec. 26 s.; V. Scarano Ussani, *Valori e storia* cit., 51 s.; Id., *Empiria e dogmi. La scuola proculiana fra Nerva e Adriano*, Torino<sup>2</sup> 1989, 42, per il quale sarebbe più probabile attribuire l'opera alla maturità del giurista; G. Camodeca, *Il giurista L. Neratius Priscus, cos. suff. 97: nuovi dati su carriera e famiglia*, in *SDHI* 73, 2007, 291 ss.; Y. González Roldán, *Problemi di diritto ereditario nei VII libri Membranarum di Nerazio*, in *GLOSSAE, EJLS* 14, 2017, 313 ss.; D. Mantovani, *Les Juristes écrivains de la Rome antique, Les œuvres de Juristes comme littérature*, Paris 2018, *passim*; A. Marcone, *L'evoluzione della circolazione libraria*

testimonianze, attribuite stavolta a Salvio Giuliano, di poco posteriore a Nerazio, quale D. 21.3.2, Pomp. 2 *ex Plant.*:

*Si a Titio fundum emeris qui Sempronii eratisque tibi traditus fuerit, pretio autem soluto...Iulianus ait aequius esse priorem te tueri...*,

e D. 44.4.4.32, Ulp. 76 *ad ed.*:

*Si a Titio fundum emeris qui Sempronii erat isque tibi traditus fuerit pretio soluto...Iulianus ait aequius esse praetorem te tueri...*

Se si considera che nei su citati passi non si discute specificamente di *actio Publiciana* appare, credo, del tutto evidente concludere che l'interesse di entrambi i giuristi, Nerazio e Giuliano, non sia incentrato sul contenuto dell'editto Publiciano, né sembra opportuno riferire la loro riflessione necessariamente entro i confini dell'editto medesimo: mi sembra, invece, che essa vada riportata ad una visione più ampia in cui il criterio dell'equità, anche nel suo concreto declinarsi in buona fede, tenda ad assumere un valore generale coinvolgente il conflitto tra diversi schemi di appartenenza, originatosi dalla previsione edittale e tuttavia non esaurentesi in esso, conformemente, d'altronde, ad uno spirito comune ai tempi nei quali fiorirono i due giuristi<sup>21</sup>.

Ma spingendoci ancora più oltre in una visione di sistema, appare tanto più chiaro come la disciplina approntata dalla *lex Atinia* si sia resa necessaria proprio in relazione all'atteggiamento di buona fede del possessore nella circolazione dei beni, la cui posizione viene 'sacrificata' di fronte alla furtività della *res* e riacquista, invece, tutta la sua centralità ove lo scambio, benché realizzato da parte di un non proprietario, sia avvenuto, tuttavia, nella convinzione di stare acquistando da chi ne aveva la titolarità. Posizione, ancora, rispetto alla quale non troppo tardi si dovette riconoscere un'efficace tutela, di cui l'espressione più fulgida appare rappresentata dall'introduzione dell'*actio Publiciana*. Per questa ragione, credo possa trovare spiegazione pure la più risalente emanazione della legge Atinia, avvenuta come ho già cercato di dimostrare, nel 149 a.C.<sup>22</sup>, la quale doveva

---

*in età imperiale: la letteratura giuridica e cristiana*, in *Studia Historica. Historia Antigua* 37, 2019, 269 ss. Sul problema dei generi letterari della giurisprudenza romana, da ultimo, E. Stolfi, *Fra "Kunstgeschichte" e "Künstlergeschichte". Il problema dei generi letterari*, in A. Schiavone (a cura di), *Giuristi romani e storiografia moderna. Dalla Palingenesia iuris civilis agli Scriptores iuris Romani*, Torino 2017, 49 ss.) proprio, al contrario, a mio giudizio, non appare per nulla arduo immaginare che, ancora alla sua epoca, i conflitti nascenti tra opposte posizioni in merito all'appartenenza dei beni giustificino l'attenzione di un giurista tanto perspicace, peraltro facente parte del consiglio di Traiano e dunque avvezzo ad esercitare una indefessa attività di respondente (notizie sulla vita di Nerazio in G. Camodeca, *La carriera di L. Neratius Priscus*, in *ANNA* 87, 1976, 19 ss. e Id., G. Camodeca, *Il giurista L. Neratius Priscus* cit., 291 ss.). Oltretutto, ancora Ulpiano discute della materia, così come, su altro versante, la giurisprudenza continuerà ad interrogarsi sugli effetti dell'applicazione della *lex Atinia*, nonostante la sua emanazione avvenuta in piena età repubblicana: cfr., al riguardo a titolo d'esempio, D. 41.3.4.6, Paul. 54 *ad ed.* Fornisce un esemplare quadro delle problematiche connesse all'esercizio dell'*actio Publiciana* P. Ferretti, *Acquisto a non domino da parte del servus fugitivus: un rincorrersi tra regole ed eccezioni*, in questo fascicolo.

<sup>21</sup> Cfr., al riguardo, D. 44.4.11.1, Ner. 4 *membr.*, secondo cui *in universum autem haec in ea regula sequenda est, ut dolus omnimodo puniatur, etsi non ali cui, sed ipsi, qui eum admisit, damnosus futurus erit*. Sull'interpretazione del passo e sull'importanza dell'*aequitas* in Nerazio, per tutti, J. Maifeld, *Die aequitas bei L. Neratius Priscus*, Trier 1991, *passim*. Ma si veda, inoltre, J.M. Rainer, *Ancora sull'error iuris e lo ius finitum*, in *Mélanges en l'honneur de C. A. Cannata*, Bâle, Genève, Munich 1999, 70.

<sup>22</sup> *Un'ipotesi sulla datazione* cit.

rispondere all'urgenza di arginare i traffici illeciti di oggetti furtivi i quali, in assenza di un apposito divieto, come ci spiega Giuliano<sup>23</sup>, sarebbero stati usucapiti dal possessore di buona fede, rispetto alla disciplina apprestata per tutelare quest'ultimo almeno quando, in corso di usucapione, fosse stato spossessato del bene.

3. Il quadro delineato può dirsi rappresentare il primo tassello di una disciplina, non priva di una sua rigidità e fondata sulla logica di salvaguardare, entro certi limiti, la posizione del proprietario, che vivrà alterne vicende negli ordinamenti successivi a quello romano, dove, comunque, può dirsi, con varianti diverse, vedrà venire in gioco in qualche modo il limite della furtività dei beni.

Mentre nell'antico ordinamento germanico si accorda tutela alla *Gewere* che si riferisce ad un indifferenziato rapporto di signoria materiale che lega un soggetto ad un oggetto, successivamente al possessore, in un clima di dichiarato recupero del diritto romano, verrà concessa la *deutschrechtliche Fahrnisklage*, azione recuperatoria da esercitarsi anche contro i terzi aventi causa dal ladro.

Lo statuto di Lubecca riconosce, invece, al proprietario un'azione di restituzione che può essere esperita subordinatamente ad un indennizzo commisurato al prezzo pagato dal convenuto per l'acquisto, ovvero commisurato alla somma mutuata contro *datio pignoris*, cd. *Lösungsrecht*<sup>24</sup>.

Gli statuti italiani dei secoli XIV, XV e XVI riconoscono la rivendicabilità contro il possessore di buona fede, salvo l'indennizzo del prezzo quando l'acquisto sia stato effettuato in luoghi di pubblica vendita.

Un rapidissimo sguardo al codice civile italiano del 1865 ci restituisce ancora una regolamentazione nella quale è prevista la rivendicabilità dell'oggetto presso il possessore di buona fede, in caso di furto o smarrimento, entro due anni<sup>25</sup>, sebbene trovi spazio il dovere di rimborsare il possessore che abbia acquistato in una fiera, in un mercato, durante una pubblica vendita ovvero da un commerciante facente "pubblico spaccio di simili oggetti"<sup>26</sup>.

Sino ad arrivare alla redazione dell'art. 1153 del nostro attuale codice civile<sup>27</sup>, in cui, al contrario, alcuna tutela è accordata al proprietario della cosa rubata, consentendosi l'acquisto immediato della proprietà della cosa mobile altrui all'atto dell'impossessamento

---

<sup>23</sup> D. 6.2.11.4, Ulp. 6 *ad ed.*, riportato poco sopra.

<sup>24</sup> Su tali aspetti cfr. P. Gröschler, *L'acquisto a non domino dei beni mobili nell'ordinamento tedesco tra diritto germanico e tempi moderni*, in questo fascicolo.

<sup>25</sup> Termine ridotto rispetto a quello triennale del diritto giustiniano.

<sup>26</sup> Art. 708: "Colui però che smarrita la cosa o che ne fu derubato, può ripeterla da quello presso cui si trova, salvo a questo il regresso per l'indennità contro colui dal quale l'ha ricevuta". Art. 709: "Se però l'attuale possessore della cosa sottratta o smarrita l'ha comprata in una fiera o in un mercato, ovvero all'occasione di una vendita pubblica, o da un commerciante che faccia pubblico spaccio di simili oggetti, il proprietario non può ottenere la restituzione della cosa sua, se non rimborsando il possessore del prezzo che gli è costata". Art. 2146: "L'azione del proprietario o possessore della cosa mobile, per riavere la cosa derubata o smarrita in conformità degli articoli 708 e 709, si prescrive in due anni". Non troppo diversamente si dispone oggi all'art. 2277 c.c. francese.

<sup>27</sup> Uno sguardo particolare alle problematiche innescate dagli acquisti *a non domino* fornisce L. Di Bona, *Conflitto fra più acquirenti della medesima partecipazione in s.r.l.; configurabilità e disciplina dell'acquisto a non domino*, in questo fascicolo.

fondato su un titolo astrattamente idoneo<sup>28</sup>, richiedendosi, a tal fine, solo che l'acquirente sia stato in buona fede, al momento della consegna, buona fede da desumersi fino a prova contraria<sup>29</sup>.

L'attuale redazione del 1153 continua a suscitare perplessità, sentendosi come una norma eccessivamente permissiva, avuto soprattutto riguardo al caso dei beni culturali sottratti<sup>30</sup> e con riferimento alla disciplina approntata, in linea di massima, dagli altri stati europei. Non v'è dubbio infatti che, stante la sua ampia portata, non sia previsto un limite alla possibilità di acquistare beni rubati, salvo in caso in cui l'acquirente sappia della loro provenienza illecita e ciò anche nel caso in cui costui "abbia erroneamente creduto che l'illecita provenienza fosse stata sanata dall'acquisto del suo dante causa (art. 1154 c.c. it.)"<sup>31</sup>. Un confronto con gli altri ordinamenti europei difatti dimostra che, in linea di massima, nel nostro paese è possibile che venga legittimata anche una vendita effettuata dal ladro, con immediata perdita della proprietà in capo al titolare, cosa che già Luigi Mengoni<sup>32</sup> non esitava con forza a condannare, rilevando almeno la necessità di limitare l'applicazione della norma ai soli casi in cui fosse evidente un interesse collettivo alla sicurezza e alla celerità della circolazione. La Relazione, al contrario, del Ministro Guardasigilli Grandi al codice civile del 1942, art. 1153, si esprime verso la massima ed indiscriminata attuazione della regola 'possesso vale titolo', fondata su "una larga e fiduciosa circolazione dei beni mobili", coll'evidente rischio di fare della norma italiana un "salvacondotto per il ladro"<sup>33</sup>, salvo il ricorso a tutta una serie di norme che nel tempo sono state previste, come, ad esempio, il divieto di esportazione ordinato direttamente

---

<sup>28</sup> Da rilevare, e questo è forse l'unico punto in comune con il diritto di Roma, che la celerità degli scambi, anche oggi nel nostro paese, è favorita dall'utilizzazione del contratto di compravendita consensuale, che dunque permette la produzione degli effetti sin dal momento della manifestazione del *consensus*. La differenza col diritto romano, come noto, era piuttosto nella natura degli effetti, meramente obbligatori, che dunque determinavano in capo all'acquirente un puro diritto a ricevere il possesso del bene, che si sarebbe trasformato in proprietà in seguito al *tempus ad usucapionem*. Vero è tuttavia che tale disciplina va, come ci insegna Gaio, necessariamente misurata con il fatto che la *traditio*, effettuata in esecuzione dell'*emptio venditio*, determinava effetti diversi a seconda che *res*, oggetto del trasferimento, fossero *mancipi* o *nec mancipi*. Afferma il giurista, 2.18: 18. *Magna autem differentia est inter mancipi res et nec mancipi*. 19. *Nam res nec mancipi ipsa traditione pleno iure alterius fiunt, si modo corporales sunt et ob id recipiunt traditionem*. 20. *Itaque si tibi vestem vel aurum vel argentum tradidero sive ex venditionis causa sive ex donationis sive quavis alia ex causa, statim tua fit ea res, si modo ego eius dominus sim*. La *traditio* delle *res nec mancipi*, insegna Gaio, produce l'immediato acquisto del *dominium*, sul presupposto della qualifica di proprietario in capo all'alienante. Ed in ciò evidentemente risiede il cuore della distinzione rispetto alle *res mancipi*, per le quali, se *traditae* anche da parte del proprietario, non si determina l'effetto dell'acquisto della proprietà, ma, come sappiamo, solo un possesso *ad usucapionem*. La differenza tra le due categorie di beni, invece, si annulla allorché il trasferimento sia avvenuto *a non domino*: in questo caso, il difetto dell'assenza della titolarità in capo all'alienante impedisce, anche per le *res nec mancipi*, il trasferimento del *dominium* e per entrambi le tipologie di beni l'effetto sarà quello di rendere l'acquirente *possessore ad usucapionem*, Gai. 2.41: *Nam si tibi rem mancipi neque mancipavero neque in iure cessero, sed tantum tradidero, in bonis quidem tuis ea res efficitur, ex iure Quiritium vero mea permanebit, donec tu eam possidendo usucipias: semel enim impleta usucapione proinde pleno iure incipit, id est et in bonis et ex iure Quiritium tua res esse, ac si ea mancipata vel in iure cessa esset*. Circostanza che potrebbe ulteriormente giustificare, a mio sommesso modo di vedere, l'introduzione precoce dell'azione Publiciana, già nel I secolo a.C., considerando che pure l'acquirente di una *res nec mancipi* sarebbe stato esposto al rischio di vedersi spossessato durante il periodo necessario al compimento del tempo dell'usucapione.

<sup>29</sup> Cfr., L. Balestra, *Acquisti a non domino, opponibilità e trascrizione: considerazioni di sistema*, in questo fascicolo.

<sup>30</sup> Sulla disciplina della circolazione dei beni culturali, M. Cenini, *Inalienabilità del bene culturale tra valori estetici e identità collettiva*, in questo fascicolo.

<sup>31</sup> G. Magri, *L'acquisto a non domino tra diritto privato italiano e tendenze europee*, in questo fascicolo.

<sup>32</sup> *Gli acquisti cit.*, 88.

<sup>33</sup> G. Magri, *L'acquisto cit.*

dallo Stato italiano.

4. Ma l'argine imposto dal diritto romano, nonostante l'incisivo percorso avviato a tutti i livelli, anche in sede penale<sup>34</sup>, per mitigare gli effetti della disciplina tanto permissiva introdotta dall'attuale codice civile, resta sullo sfondo della nostra tradizione come un mondo lontano, le cui *rationes* non sono in alcun modo avvicinabili a quelle sottese alla attuale normativa codicistica. Lo strappo con la storia giuridica romana è in questo caso una lacerazione profonda che si comprende solo riflettendo sulle logiche, storiche ed economiche, che in generale permeano di sé la previsione del codice civile del 1942.

Tuttavia, quella lezione si fa ancora sentire e spinge verso un progressivo allineamento ad un sistema di regole ove il controllo sulla legittima e non più solo libera circolazione dei beni, acquisti sempre più spazio. In questa prospettiva diventa di straordinaria importanza interrogarsi sul cammino intrapreso, sulle discipline approntate, sulle decisioni giurisprudenziali assunte.

Ringrazio di vero cuore i Colleghi che hanno contribuito a fare luce sul nostro tema di indagine, benchè il convegno al quale ci preparavamo per l'aprile di quest'anno non abbia potuto aver luogo, a causa dell'emergenza pandemica. Con immensa generosità hanno accettato di pubblicare, ciò nonostante, i loro lavori, nella speranza di poterci presto incontrare e ripartire dai risultati raggiunti per toccarne forse di nuovi e porre ancora a confronto le nostre reciproche dimensioni culturali, storico-giuridiche e giuspositiviste.

---

<sup>34</sup> Si veda, ad esempio, Cass. Pen. Sez. II, 18 marzo 2008, n. 12445.

# Cultura giuridica e diritto vivente

---

## Direttivo

Direzione scientifica

Direttore: Giuseppe Giliberti

Co-direttori: Luigi Mari, Lucio Monaco, Paolo Morozzo Della Rocca.

Direttore responsabile

Valerio Varesi

## Consiglio scientifico

Luigi Alfieri, Jean Andreau, Franco Angeloni, Antonio Blanc Altemir, Alessandro Bondi, Licia Califano, Maria Aránzazu Calzada Gonzáles, Piera Campanella, Antonio Cantaro, Francesco Paolo Casavola, Alberto Clini, Maria Grazia Coppetta, Lucio De Giovanni, Laura Di Bona, Alberto Fabbri, Carla Faralli, Fatima Farina, Vincenzo Ferrari, Paolo Ferretti, Andrea Giussani, Matteo Gnes, Peter Gröschler, Guido Guidi, Giovanni Luchetti, Guido Maggioni, Valerio Marotta, Realino Marra, Paolo Pascucci, Susi Pelotti, Aldo Petrucci, Paolo Polidori, Elisabetta Righini, Orlando Roselli, Eduardo Roza Acuña, Gianni Santucci, Patrick Vlacic, Umberto Vincenti.

## Coordinamento editoriale

Marina Frunzio, M. Paola Mittica.

[redazioneculturagiuridica@uniurb.it](mailto:redazioneculturagiuridica@uniurb.it)

## Redazione

Luciano Angelini, Chiara Lazzari, Massimo Rubechi.

## Collaborano con *Cultura giuridica e diritto vivente*

Giovanni Adezati, Athanasia Andriopoulou, Cecilia Ascani, Chiara Battaglini, Alice Biagiotti, Chiara Bigotti, Roberta Bonini, Darjn Costa, Marica De Angelis, Giacomo De Cristofaro, Elisa De Mattia, Luca Di Majo, Francesca Ferroni, Valentina Fiorillo, Chiara Gabrielli, Federico Losurdo, Matteo Marchini, Marilisa Mazza, Maria Morello, Massimiliano Orazi, Natalia Paci, Valeria Pierfelici, Iliaria Pretelli, Edoardo A. Rossi, Francesca Stradini, Desirée Teobaldelli, Matteo Timiani, Giulio Vanacore, Giordano Fabbri Varliero.

---

*Cultura giuridica e diritto vivente* è espressione del Dipartimento di Giurisprudenza (DiGiur) dell'Università di Urbino. Lo sviluppo e la manutenzione di questa installazione di OJS sono forniti da UniURB Open Journals, gestito dal Servizio Sistema Bibliotecario di Ateneo. **ISSN 2384-8901**



Eccetto dove diversamente specificato, i contenuti di questo sito sono rilasciati con Licenza [Creative Commons Attribuzione 4.0 Internazionale](https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/).

---